Die Einwilligung des Verletzten bei Diebstahl und Unterschlagung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung
der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau.

Vorgelegt von

Hans Kosterlitz,

Referendar in Beuthen O./S.

Breslau 1928

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Heilborn.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Onkel,
Oberlandesgerichtsrat Bernhard Goerke in Breslau,
gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548203_0036

A. Einleitung.

1. Das Strafgesetz verfolgt den Zweck, die Menschen vor dem bösen Tun ihrer Mitmenschen zu schützen. Geschützt wird aber nicht nur die Person des Menschen, d. h. sein Leben, sein Körper, seine Freiheit; der Schutz des Strafgesetzes wird vielmehr auch — und gewiß nicht zuletzt — dem Vermögen des Menschen zuteil. Wie nötig Schutzgesetze auch in dieser Richtung sind, zeigen die häufigen Verurteilungen wegen Diebstahls, Unterschlagung, Betrugs u. s. w.

Der Schutz besteht darin, daß der Staat Verbote und Gebote erläßt; wer den Verboten zuwiderhandelt, wer die Gebote übertritt, wird bestraft. Eine Sammlung solcher Verbots- und Gebotsnormen ist das Reichsstrafgesetzbuch. Es verschafft seinen Normen Geltung durch Androhung von Strafe. Das Erfordernis für die Bestrafung ist eine rechtswidrige, schuldhafte Handlung eines zurechnungsfähigen Menschen in einem bestimmten, nicht zu jungen Alter.

2. Für das vorliegende Thema interessiert vor allem die Rechtswidrigkeit. Das bedeutet: es ist die Frage zu untersuchen, ob bei den Vergehen des Diebstahls und der Unterschlagung die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit der Tat ausschließt.

Es wäre hierbei am nächstliegenden, eine sich hierauf beziehende Bestimmung im Strafgesetzbuch zu suchen. Hätte diese Frage durch das Gesetz ganz allgemein eine Regelung gefunden, so müßte man im ersten Teile des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich suchen. Dieser Teil ist überschrieben: „Von der Bestrafung der Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen im allgemeinen." Man wird jedoch eine derartige Vorschrift, ja überhaupt das Wort „Einwilligung" nicht finden. Man ist nunmehr auf den zweiten Teil dieses Gesetzbuchs angewiesen, der die Ueberschrift trägt: „Von den einzelnen Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen und deren Bestrafung". Hier kann man natürlich nicht erwarten, bei jeder Verbrechensart eine Bestimmung über die Einwilligung des Verletzten zu finden. Denn wollte der Gesetzgeber für jedes Verbrechen[1]) die Wirkung der Einwilligung festlegen, so könnte er ja im ersten Teil darüber befinden. Erstaunlich ist es allerdings, wie wenig Vorschriften es gibt, die sich mit der Einwilligung des Verletzten befassen.

3. Der zweite Teil des Strafgesetzbuchs weist im ganzen nur drei Stellen auf, an denen für drei bestimmte Delikte die Einwilligung behandelt wird. Es sind dies die §§ 142, 216, 218 StGB. — § 218 in der Fassung des Gesetzes zur Abänderung des Strafgesetzbuchs vom 18. 5. 1926 (RGBl. I, S. 239) —.

---

[1]) Es sei hier darauf hingewiesen, daß in dieser Arbeit unter Verbrechen jede mit Strafe bedrohte Handlung zu verstehen ist. Wird Verbrechen im Sinne des § 1 StGB. gemeint, so wird auf ihn besonders Bezug genommen.

Im § 216 StGB. wird die Tötung auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen des Getöteten unter eine mildere Strafe gestellt als die vorsätzliche Tötung überhaupt. In dem ausdrücklichen und ernstlichen Verlangen liegt gewiß auch eine Einwilligung [2]) zur Tötung. Denn wer einen anderen ausdrücklich und ernstlich ersucht zu töten, will auch getötet werden. Maßgebend ist der wahre Wille des zu Tötenden.[3]) Allerdings genügt nicht die Einwilligung allein, um den § 216 StGB. in Anwendung bringen zu können.[4]) Verlangt wird noch mehr, was aber für das vorliegende Thema ohne Interesse ist. Bestimmt aber ist die Einwilligung in dem Verlangen enthalten.

Ferner hat das Gesetz bei der Abtreibung im § 218 StGB. die Einwilligung erwähnt. Und zwar geht es hierbei davon aus, daß eine Einwilligung besteht; es drückt dies mit den Worten aus: „Eine Frau, die ihre Frucht im Mutterleibe oder durch Abtreibung tötet oder die Tötung durch einen anderen zuläßt, wird mit Gefängnis bestraft." Dieses Zulassen ist nur ein anderer Ausdruck für Einwilligen. Im letzten Absatz desselben Paragraphen heißt es dann: „Wer die im Absatz 2 bezeichnete Tat — die Abtreibung bei einem anderen — ohne Einwilligung der Schwangeren oder gewerbsmäßig begeht, wird mit Zuchthaus bestraft." Hier hat der Gesetzgeber also den Ausdruck Einwilligung angewendet. Und ihre Folge ist dieselbe wie in der zuerst angeführten Stelle: die Strafe ist eine bei weitem mildere.

Schließlich finden wir im § 142 StGB. eine Bestimmung über die Einwilligung. Diese Vorschrift ist durch die uns durch Artikel 173 des Versailler Vertrages aufgezwungene Abschaffung der allgemeinen Wehrpflicht gegenstandslos geworden. Gleichwohl sei es gestattet, diese Bestimmung zur Auslegung einer allgemeinen Frage heranzuziehen. Denn auch in diesem Teile des Gesetzes spiegelt sich der Wille des Gesetzgebers.

Für das vorliegende Thema verwendbar ist nur der 2. Absatz des § 142 StGB., die Untauglichmachung zur Erfüllung der Wehrpflicht auf Verlangen des Wehrpflichtigen. Oben [5]) ist gesagt, daß in dem ausdrücklichen und ernsten Verlangen zur Tötung auch eine Einwilligung zu dieser Handlung liegt. Ebenso ist es im § 142 StGB. An dieser Stelle wird nur das Verlangen des Wehrpflichtigen gefordert. Ich glaube aber nicht, daß der Gesetzgeber zwischen Verlangen und Einwilligung unterscheiden wollte. Es ist doch gleich, ob ich etwas verlange, oder ob ich in etwas einwillige, nachdem ich aufgefordert worden bin, eine derartige Erklärung abzugeben. Für den Fall des § 142 StGB. besteht ein Unterschied nicht. Demnach bewirkt die Einwilligung, daß der Täter nach Absatz 2 dieses Paragraphen bestraft wird, während er bei ihrem Fehlen den allgemeinen Vorschriften über Körperverletzung unterliegt.[6])

---

[2]) Es sei bemerkt, daß Einwilligung nicht im Sinne des Privatrechts — §§ 183, 184 BGB. — zu verstehen ist; vielmehr ist Einwilligung allgemein gleich Zustimmung zu setzen, so daß vorherige Einwilligung und nachträgliche Einwilligung gesagt werden, falls es von Bedeutung ist.

[3]) Frank a. a. O. § 216 II. 2. Seite 447 oben.

[4]) So auch Ebermayer im Leipz. Komm. a. a. O. § 216 2. S. 641 oben.

[5]) Vgl. den 1. Absatz dieser Seite.

[6]) Aus dem Schrifttum seien hierzu erwähnt: Schwartz a. a. O. § 142 3. Seite 357; Binding II. 2. a. a. O. § 250. III. B. Seite 697; Hälschner II. a. a. O. 9. Kapitel, § 290 Seite 996.

Man müßte nun denken, daß die Einwilligung in diesem Falle auch eine strafschärfende Wirkung haben kann. Denn die einfache Körperverletzung des § 223 StGB. ist unter eine geringere Strafe gestellt als das Delikt des § 142 StGB. Jedoch wird bei Fehlen der Einwilligung wohl niemals der § 223 StGB. Anwendung finden können. Vielmehr wird eine Bestrafung stets nach dem Gesichtspunkte der §§ 223a oder — und dies wird meistens der Fall sein — 224 in Verbindung mit 225 StGB. erfolgen. Die Strafandrohung des § 223a StGB. ist nun zwar immer noch geringer als die des § 142 StGB. Doch darf die Strafandrohung nicht dafür ausschlaggebend sein, welches Strafgesetz Anwendung findet. Der Richter darf sich nicht durch die Höhe der angedrohten Strafe bestimmen lassen, ein anderes Strafgesetz, das seiner Ansicht nach vielleicht nicht ganz paßt, nur deshalb anzuwenden, weil ihm die Strafe mehr zusagt. Das Strafmaß darf zur Entscheidung derartiger Fragen nicht herangezogen werden.

Deshalb lehne ich auch die Ansicht Johns[7]) ab, der die Vorschriften über Körperverletzung auch dann nicht angewendet wissen will, wenn die Einwilligung nicht vorliegt. Er begründet seine Meinung völlig unzulänglich damit, daß die Strafmaße dem Rechtsempfinden nicht entsprechen. Nun ist der § 142 StGB. gewiß eine lex specialis zu den Vorschriften über Körperverletzung. Bekannt ist der Satz: „Lex specialis derogat legi generali." Gewiß. Ich erkenne diesen Satz auch an. Aber bei Fehlen der Einwilligung liegt ja eine Handlung des § 142 StGB. garnicht vor, ein Sonderfall ist nicht gegeben, es müssen also, da es sich um eine gewöhnliche Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff. StGB. handelt, auch diese Vorschriften Platz greifen.

Anmerkung: In der neueren Literatur ist diese Stelle wegen Mangels an praktischer Bedeutung unberücksichtigt geblieben.

4. Aus diesen Bestimmungen des Gesetzes (§§ 142, 216, 218 StGB.) kann man eine eindeutige Ansicht des Gesetzgebers über die Einwilligung nicht erkennen. In diesen Fällen übt die Einwilligung offensichtlich einen Einfluß auf das Strafmaß aus. Daraus darf man aber nicht schließen, daß sie sonst rechtlich bedeutungslos ist. Denn ebenso möglich wäre der umgekehrte Schluß:[8]) Wenn in gewissen Fällen trotz der Einwilligung noch eine strafbare Handlung auf Grund besonderer Vorschrift vorhanden ist, so beseitigt sie im allgemeinen die Rechtswidrigkeit.

Bevor die einzelnen Fragen geprüft werden, die sich bezüglich der Einwilligung bei Diebstahl und Unterschlagung erheben, ist daher ganz allgemein das Problem der Einwilligung zu behandeln. Es ist hierbei zu prüfen, ob die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht überhaupt von Bedeutung ist. Und kommt man zur Bejahung dieser Frage, so ist weiter zu untersuchen, bei welchen Delikten die Einwilligung von Bedeutung ist, warum gerade bei den Vergehen der §§ 242 bis 248a StGB. Schließlich ist der Umfang der Bedeutsamkeit der Einwilligung bei Diebstahl und Unterschlagung zu erörtern.

---

[7]) John in HH. 3 a. a. O. Seite 209.

[8]) Ebenso Frank a. a. O. Vorbemerkungen zum 4. Abschnitt des 1. Teiles III. Seite 136 unten.

B. Die Einwilligung des Verletzten schließt stets die Strafbarkeit der an und für sich strafbaren Handlung aus.

Will man über die Folgen eines Umstandes Rechnung legen, so ist es erforderlich, sich zunächst über die Ursache klar zu sein. Will man also untersuchen, ob die Einwilligung die Strafbarkeit einer an und für sich strafbaren Handlung beseitigt, so muß man vor allem wissen, was unter Einwilligung zu verstehen ist. Ich werde daher jetzt den Begriff der Einwilligung festzulegen versuchen.

I.

Der Begriff der Einwilligung.

Eine ziemlich weitgehende Definition der Einwilligung gibt Keßler [9]), wenn er sagt: „Einwilligung ist die Erklärung der Uebereinstimmung meines Willens mit dem Willensakte eines anderen." Warum ich diese Bestimmung des Begriffs „Einwilligung" für zu weit gefaßt halte und deshalb in dieser Form ablehne, will ich an einem Beispiel erklären.

X. will ins Theater gehen und macht seinem Freunde Y. von seinem Vorhaben Mitteilung. Y. ist mit dem Theaterbesuch seines Freundes durchaus einverstanden, macht ihm keine Schwierigkeiten — und kann dies auch garnicht — und wünscht ihm noch viel Vergnügen. Der Wille des Y. stimmt also mit dem Willensakte des X. überein, d. h. es sind die Merkmale der Keßlerschen Definition gegeben. Liegt nun eine Einwilligung des Y. vor? Sicherlich nicht. Wohl hat Y. sein Einverständnis mit dem Theaterbesuch seines Freundes X. erklärt. Er hätte ja auch sagen können: „Mir gefällt es nicht, daß Du ins Theater gehst." Aber hätte ein derartig abweichender Wille etwas an der Lage, an dem Theaterbesuch des X., geändert? Man muß doch davon ausgehen, daß X. in keinem Abhängigkeitsverhältnis zu Y. stand; denn das ist ja das natürliche. Dann aber brauchte X. auf Y. nicht zu hören. Und dann fällt einem auch die Antwort nicht schwer. Der Mangel der Uebereinstimmung zwischen den Willen der beiden Freunde hätte bei einem dennoch erfolgenden Theaterbesuch des X. bei diesem Nachteiliges nicht zur Folge gehabt. Y. konnte seinem Freunde X. den Theaterbesuch wirksam garnicht untersagen, weil er keinerlei Macht über ihn hatte.

Man sieht also, daß zu der Einwilligung, um sie wirksam erscheinen zu lassen, ein Merkmal hinzutreten muß, die Macht. Ich kann doch nur dann etwas (mit rechtlicher Wirkung) erlauben, wenn ich auch die Macht habe, es zu verbieten.[10]) Unter Macht darf man hierbei nicht die tatsächliche Gewalt, sondern vielmehr nur das Recht verstehen, etwas zu tun oder zu unterlassen. Es ist vollkommen zwecklos, etwas zu gestatten, nur um eben seine Zustimmung zu geben, ohne einen Einfluß — sei es in tatsächlicher, sei es in rechtlicher Beziehung — auf die Handlung ausüben zu können.

Bevor ich sage, welche Fassung ich dem Begriffe der Einwilligung geben möchte, will ich auf die Lehren eingehen, die bezüglich des Wesens der Einwilligung aufgestellt sind. Ich möchte hierbei der Aufstellung Keßlers [11]) folgen, der die einzelnen Theorien lückenlos anführt. Er bedient sich eines Beispiels, das wegen der Einfachheit und der vorzüglichen Eignung hierfür wörtlich wieder-

---

[9]) Keßler a. a. O. Seite 26.
[10]) Ebenso Pfersdorff a. a. O. Seite 15.
[11]) Keßler a. a. O. Seiten 19 ff.

gegeben sei: A. gestattet dem B., auf eine dem A. gehörige Sache zu schießen, etwa indem er wettet, B. werde nicht treffen. B. schießt, trifft und zerstört oder beschädigt die Sache. Dieses Beispiel ist deshalb so trefflich, weil es zwei Umstände deutlich erkennen läßt. Eine Sachbeschädigung liegt ohne Zweifel vor. Ebenso zweifellos ist es aber auch, daß eine strafbare Sachbeschädigung nicht vorliegt. Warum diese Sachbeschädigung nicht strafbar ist, wird sich aus den folgenden Ausführungen ergeben. Vor der Hand muß es genügen, dem Mangel der Strafbarkeit mit dem Rechtsempfinden eines normal denkenden Menschen zu begründen.

a. Die Einwilligung besteht nicht in der Uebertragung eines Rechts auf einen anderen.

Zunächst behandele ich mit Keßler die Lehre, nach der das Wesen der Einwilligung in der Uebertragung des betreffenden Rechts des Einwilligenden auf den anderen besteht.

Das in Frage kommende Recht an der dem A. gehörigen Sache ist das Eigentumsrecht, d. h. das Recht, über die Sache nach Belieben verfügen zu können.[12]) Dieses Recht hat nun A. keineswegs auf B. übertragen. Denn nimmt man dies an, dann kommt man zu diesem Schluß: B. ist Eigentümer geworden — und zwar vor der Sachbeschädigung. Ist er aber Eigentümer, so hat er auch die Möglichkeit, die Sachbeschädigung zu unterlassen, denn er kann ja über die Sache nach seinem Belieben verfügen; dann aber ist er Eigentümer der unbeschädigten Sache. Ein in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollkommen unhaltbares Ergebnis, das dem Rechtsempfinden des Juristen und des Laien durchaus widerspricht und mit dem Gesetz nicht im Einklang steht.

Völlig verfehlt ist es, von der Einwilligung des Verletzten zu sprechen, wenn X. mit Einwilligung des Eigentümers diesem eine Sache wegnimmt. Regelmäßig liegt dann der Wegnahme ein Rechtsgeschäft zugrunde, sei es eine Schenkung, ein Kaufvertrag oder dergleichen. Von der Einwilligung des Verletzten, d. h. von dem Satze „volenti non fit iniuria" kann doch immer nur dann die Rede sein, wenn auch eine iniuria wirklich vorliegt.[13]) Man kann aber von Unrecht nicht sprechen, wenn der Wegnehmende einen Anspruch auf die Sache hat. Abgesehen davon, daß diese Konstruktion falsch ist, würde sie also auch gegen die elegantia iuris verstoßen.

Schließlich hat die Anerkenntnis dieser Lehre noch eine Folge, die weder gewollt ist noch verantwortet werden kann. Würde der Einwilligende mit der Einwilligung das Eigentumsrecht an der Sache übertragen, so könnte er die Einwilligung nicht mehr zurücknehmen, da er ja dann kein Recht mehr an der Sache hätte. (Etwaige obligatorische Ansprüche spielen in das Privatrecht hinüber und haben für die hier zu erörternde strafrechtliche Frage keine Bedeutung.) Daß aber die Einwilligung bis zur Vornahme der Tat widerrufen werden kann, werde ich weiter unten[14]) ausführen.

b. Durch die Einwilligung wird nicht ein Recht für den Täter begründet.

Weiter wird behauptet, durch die Einwilligung werde für den anderen ein Recht begründet. Hieraus entstand die Theorie

[12]) § 903 BGB.
[13]) Ebenso Keßler a. a. O. Seite 20.
[14]) Seite 23.

der unveräußerlichen Rechte. Einer der Hauptvertreter dieser Theorie ist Berner.[15]) Er zieht eine Grenze der Verzichtbarkeit an den Rechten anderer und am öffentlichen Interesse. Man kann nur auf reine Privatrechte verzichten, wobei jedoch auch noch Ausnahmen bestehen. Aus sittlichen Gründen und aus Gründen der Vernunft kann man nicht auf das Recht auf Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre verzichten. Diese Rechte sind die unveräußerlichen.[16])

Gegen die Lehre, wonach durch die Einwilligung ein Recht begründet wird, haben sich auch Ortmann[17]) und Wächter[18]) gewendet. Sie beweisen ihre Ansicht damit, daß es sich bei der Einwilligung, z. B. in eine Körperverletzung, nicht darum handelt, dem anderen ein selbständiges Recht zur Körperverletzung des Einwilligenden zu verschaffen. Aus der Tatsache, daß es unsittlich ist, sich verletzen oder töten zu lassen, kann man noch nichts auf die Strafbarkeit desjenigen schließen, der mit Einwilligung diese Handlungen vornimmt.

Auch Keßler[19]) beweist an einem Beispiel, daß bei unveräußerlichen Rechten die Entstehung eines Rechtes des anderen zur (strafbaren) Handlung keine wesentliche Folge der Einwilligung ist, mag sie auch als Nebenerscheinung vorkommen. Ist aber tatsächlich ein Recht des anderen zu der verletzenden Handlung begründet, so sei hierbei auf obige Ausführungen (Seite 9) verwiesen. Die Straflosigkeit der Tat kann nicht aus dem Satze „volenti non fit iniuria" folgen, hier findet vielmehr eine andere Rechtsregel Anwendung: „qui iure suo utitur, neminem laedit."

c. Durch die Einwilligung wird ein Recht nicht aufgegeben.

Durch die Einwilligung wird auch nicht ein Recht aufgegeben. Gestattet A. dem B., eine ihm, dem A., gehörige Sache zu beschädigen, so hat er mit der Einwilligung noch nicht das Eigentum an der Sache aufgegeben. Er hat noch weiter ein Interesse an ihr, insbesondere an ihrer Unversehrtheit. A. hat allein dem **B.** gestattet, die Sache zu beschädigen. Das soll heißen, A. will gegenüber dem B. von seinem Verbotsrecht keinen Gebrauch machen. Dies schließt aber das Vorliegen einer strafbaren Sachbeschädigung nicht aus, wenn **X.** die Sache beschädigt. Gerade bei der Sachbeschädigung ist dies leicht verständlich. Beschädigt **B.** die Sache, so stellt A. nach der vorherigen Abrede den zur Strafverfolgung nötigen Strafantrag[20]) nicht, wird die Sache aber durch **X.** beschädigt, so ist A. durch nichts verpflichtet, von der Stellung eines Strafantrages Abstand zu nehmen. Gleichgültig ist es hierbei, ob X. von der dem B. gegebenen

---

[15]) Berner a. a. O. § 53 Seiten 96 ff.

[16]) Als andere Vertreter der Theorie von den unveräußerlichen Rechten seien genannt: Hälschner, System I a. a. O. Seiten 231 ff.; Hälschner System II a. a. O. Seiten 68 ff.; RGSt. 2, 442 f.

[17]) Ortmann Einwilligung a. a. O. Seite 110.

[18]) Wächter a. a. O. Seite 2.

[19]) Keßler a. a. O. Seite 20 f: Wenn in dem oben Seite 9 angeführten Beispiel A. vor dem Schuß seine Einwilligung zurücknimmt, und das Schießen verhindert, so würde kein Gericht einer Klage des B. auf Gestattung des Schusses stattgeben. Läge z. B. eine Wette vor, so könnte B. möglicherweise mit Erfolg auf Bezahlung der Wettsumme klagen. Ganz deutlich wird dieses Beispiel, wenn das Ziel in einem wertvollen Kunstgegenstand besteht, so daß eine solche Wette gegen die guten Sitten verstößt.

[20]) gemäß § 303 Absatz 3 StGB.

Einwilligung Kenntnis hatte. Ihm gegenüber galt sie jedenfalls nicht, und das ist maßgebend.

d. Durch die Einwilligung wird auf ein Recht nicht verzichtet.

Völlig abwegig ist es, die Einwilligung als einen Verzicht auf ein Recht anzusehen.

A. hat auf nichts verzichtet, wenn er dem B. erlaubt, seine Sache zu beschädigen. Liegt doch ein Verzicht nur dann vor, wenn die Erklärung des Eigentümers eine Aenderung des Rechtszustandes bewirkt. In dem hier behandelten Beispiel ist dies aber nicht der Fall. Denn es ist bereits gesagt worden, daß die Sache Eigentum des A. geblieben ist. Die Erlaubnis zur Beschädigung der Sache kann von A. jederzeit — bis zur Vornahme der Handlung — zurückgenommen werden. Der Verzicht jedoch ist unwiderruflich.[21])

An dieser Stelle sei auch die Ansicht Ortmanns[22]) erwähnt. Er erkennt zwar die Unwiderruflichkeit des Verzichtes an, läßt jedoch eine Ausnahme bestehen, indem er gerade den durch die Einwilligung erfolgenden Verzicht für widerruflich hält. Es kommt also darauf hinaus, daß Ortmann hier einen Begriff anwendet, den das Schrifttum bereits im anderen Sinne festgelegt hat. Nicht das Uebliche bezeichnet er mit Verzicht, sondern etwas Besonderes, zurecht gestutzt nach seinem Belieben. Ein Streit um Worte! Das Ergebnis ist dasselbe.

e. Die Einwilligung stellt sich nicht als Anstiftung dar.

Dafür daß die Einwilligung sich nicht als Anstiftung darstellt, gibt das Gesetz selbst Beweise. Nach § 48 StGB. wird bestraft, wer einen anderen zu einer von diesem begangenen strafbaren Handlung bestimmt; in dem anderen muß der Entschluß zur Vornahme der strafbaren Handlung hervorgerufen werden. Einen solchen Entschluß braucht aber der Einwilligende in dem anderen nicht zu wecken. Es ist im Gegenteil sogar sehr leicht denkbar und kommt auch oft vor, daß der Täter die Tat begehen will und seinerseits den Verletzten zur Einwilligung überredet. Ich denke an Hand unseres Beispiels an folgenden Fall. A. bezweifelt die Treffsicherheit B.'s im Schießen. B. erbietet sich, eine dem A. gehörige Sache zu zerstören. A. willigt ein in dem Glauben, B. werde doch nicht treffen.[23]) Diese Einwilligung ist demnach eine Folge des Anerbietens des B.

f. Die Ansicht Bindings bezüglich der Einwilligung.

Schließlich sei die Ansicht Bindings[24]) vorgetragen, der behauptet, der Grund der Wirksamkeit der Einwilligung sowie die an die Einwilligung zu stellenden Erfordernisse stellten sich ganz verschieden dar. Hierzu bemerkt er[25]), die Einwilligung bedeute entweder Uebertragung eines Rechts oder der Ausübung eines solchen seitens des sogenannten Verletzten auf den Verletzer oder die gültige Konstituierung des Rechts oder der Ausnahme von einer Verpflichtung

[21]) Keßler, a. a. O. Seite 23.

[22]) Ortmann Einwilligung a. a. O. Seite 111.

[23]) Gewiß ist diese Einwilligung trotz des mangelnden Glaubens an den Erfolg wirksam; denn A. muß sich über jeden nur möglichen Erfolg im klaren sein.

[24]) Binding Handbuch I a. a. O. Seite 710.

[25]) Binding Handbuch I a. a. O. Seiten 713 f.

zu Gunsten des Verletzers. Die Einwilligung könne aber auch einseitige Aufgabe des Rechts oder einseitiger Verzicht auf dessen Geltendmachung im einzelnen Falle, d. h. Duldung der Verletzung bedeuten. Die Merkmale der Einwilligung sind diesen Tatbeständen allen gemeinsam.

Ich führe hier die Worte Pfersdorffs[26]) an, mit denen er Binding entgegentritt: „Es ist allerdings etwas anderes, wenn ich einen Mietkontrakt als Vermieter eingehe, als wenn ich einen Armen nicht bemerken will, der sich in einer Ecke meines Hauses niedergelassen hat. Allein doch nur vom zivilrechtlichen Standpunkt aus! Für die strafrechtliche Wertung kommt nur in Betracht, daß in dem einen wie in dem anderen Falle die Begehung eines Hausfriedensbruchs nicht möglich ist." Hierbei erhebt sich ein neues Problem: „Muß dem Täter die Einwilligung bekannt sein?" Darüber werde ich unten noch sprechen. An dieser Stelle mag genügen, daß einmal der Eigentümer des Hauses dem Armen sagen kann, er könne ruhig in dem Hause bleiben, und daß bei Hausfriedensbruch — einem Antragsdelikt — der Eigentümer nur von der Stellung des Strafantrages abzusehen braucht, um den Armen vor der Strafverfolgung zu schützen, ohne das Verweilen ausdrücklich gestatten zu müssen. Freilich bleibt dann die Handlung immer noch eine strafbare. Doch davon später.

g. Die Zitelmann'sche Rechtsgeschäftstheorie.

Endlich will ich noch einiges über die Zitelmann'sche Rechtsgeschäftstheorie sagen.

Zitelmann[27]) geht davon aus, daß die Einwilligung die Rechtswidrigkeit nur dann ausschließt, wenn sie auf einem Rechtsgeschäft beruht. Er führt folgenden Beweis. Das Gesetz schweigt und gibt keinen Anhalt dafür, wie die Einwilligung zu behandeln ist. Das Privatrecht gibt nun dem Menschen die Macht, innerhalb gewisser Grenzen seine Rechtsverhältnisse zu gestalten. Die Einwilligung läßt ein vom Gesetz gewährtes Recht zum Handeln wirksam werden, der Täter erhält also ein Recht, die (an und für sich strafbare) Handlung vorzunehmen, ohne sich strafbar zu machen. Die Zitelmann'sche Theorie wird heute jedoch von Schrifttum und Judikatur angegriffen und abgelehnt.[28]) Frank (a. a. O.) hält sie nur dann für passend, wenn das verletzte oder gefährdete Interesse (Rechtsgut) Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs ist, nur auf diese Fälle will er das bürgerliche Recht anwenden.

Auch ich vermag nicht, Zitelmann zu folgen. Denn wenn das Strafgesetz über eine strafrechtliche Frage schweigt, so darf man doch nicht zur Beantwortung dieser Frage das Privatrecht nur deshalb heranziehen, weil sich dort zufällig eine analog anwendbare Bestimmung findet. Ich schließe das Gegenteil daraus, daß das bürgerliche Recht über die Einwilligung spricht, das Strafrecht aber darüber schweigt. Denn läge es im Sinne des Gesetzgebers, die Einwilligung des Privatrechts in gewissen Fällen zur Anwendung zu bringen, so hätte die Gesetzgebung dies in einem Satze zum Ausdruck bringen müssen. Der Gesetzgeber wollte es aber nicht; er

---

[26]) Pfersdorff a. a. O. Seite 119 unten.

[27]) Zitelmann a. a. O. Seiten 47 ff.

[28]) So u. a. Honig a. a. O. Seite 159; Frank a. a. O. Vorbemerkungen zum 4. Abschnitt des I. Teiles III, Seite 137 oben; RGSt. 41, 392; RG. in Goltd. Arch. 51, 44.

wollte diese Frage Schrifttum und Rechtsprechung überlassen, und deshalb schwieg er.

h. Definition der Einwilligung.

Alle diese Lehren habe ich abgelehnt. Ich habe am Anfang dieses Abschnitts gesagt,[29]) mir erscheine die Keßlersche Definition zu weit gehend. Da sie aber sonst durchaus das Wesen der Einwilligung trifft, möchte ich sie in der Keßlerschen Form mit einem Zusatz annehmen, der die Macht des Einwilligenden zum Ausdruck bringt. Demnach ist Einwilligung

die Uebereinstimmung meines Willens mit dem Willensakte eines anderen, dessen Ausführung ich wirksam entgegentreten kann.

II.

Der Begriff des Verletzten.

Nachdem ich erklärt habe, was ich unter Einwilligung verstehe, muß ich nunmehr den Begriff des Verletzten erklären. Es kann niemand daran zweifeln, daß dies von Wichtigkeit ist. Denn ich will ja untersuchen, welche Folgen die Einwilligung des Verletzten hat. Wäre dieser Begriff nicht ganz klar gestellt, so würde man oft zweifeln, ob eine Einwilligung des Verletzten oder eines anderen vorliegt. Wer bei Diebstahl und Unterschlagung der Verletzte ist, scheint ohne weiteres einzuleuchten. Doch sicherlich der, dem die gestohlene oder unterschlagene Sache gehört. Gewiß, das mag vielleicht richtig sein. Ich möchte diese Behauptung jedoch nicht so einfach aufstellen. Ich will vielmehr versuchen, zunächst diesen Begriff ganz allgemein festzulegen, um dann erst zu sagen, wer der Verletzte bei den Vermögensdelikten ist.

a. Das Interesse.

Wie ich am Anfang dieser Arbeit[30]) sagte, ist der Zweck des Strafgesetzes, die Menschen vor dem bösen Tun ihrer Mitmenschen zu schützen. Geschützt wird aber, wie ich ausführte, auch das Vermögen, wie die Vorschriften über Diebstahl, Unterschlagung, Sachbeschädigung, Betrug usw. zeigen. Warum wird nun das Vermögen des Menschen geschützt, warum werden das Leben, die Gesundheit, die Ehre, die Freiheit des Menschen geschützt? Weil der Mensch an allen diesen Dingen ein Interesse hat. Und in Wahrheit sind es auch nicht das Leben, das Vermögen, die geschützt werden, es ist vielmehr das Interesse daran, das Interesse, das der Mensch hat. Und wie hier das Interesse des Menschen geschützt wird, so wird in anderen Bestimmungen das Interesse des Staates oder ein anderes Interesse geschützt.

Was ist nun dieses Interesse? Ich möchte mich bei der Definition dieses Begriffes Keßler anschließen, der sagt:[31]) „Das Interesse einer Person an einer Tatsache ist das Verhältnis der Person zu dieser Tatsache, vermöge dessen das Eintreten oder Nichteintreten derselben für ein Gut der Person eine nachteilige Folge hat."

---

[29]) Seite 8.
[30]) Seite 5.
[31]) Keßler a. a. O. Seite 50.

Warum sage ich nun immer Interesse? und warum sage ich nicht Rechtsgut? Viele sträuben sich, mit dem „Interesse" zu arbeiten, weil jedes Strafgesetz zwar ein Interesse schützt, jedoch nicht ein Interesse allein. Vor allem Joski[32]) glaubt, es käme bei der Keßlerschen Definition des Verletzten[33]) stets nur auf das Interesse des eigentlich Verletzten an; bei dessen Einwilligung liegt ein Interesse nicht vor, also fällt der Zweck des Strafschutzes und damit die Strafe weg. Er versucht, seine Meinung an Hand folgenden Beispiels zu beweisen: „Jemand ist gegen Diebstahl versichert und wünscht, daß eine ihm gehörige Sache gestohlen wird, damit er die Versicherungssumme erhält. Er äußert diesen Wunsch naturgemäß zu niemandem. Die Sache wird tatsächlich gestohlen. Der Dieb hat sich selbstverständlich strafbar gemacht." Joski behauptet nun, der Dieb mußte straflos bleiben, wenn man Keßler folgen will; denn ein Interesse des versicherten Eigentümers bestand ja garnicht. Das Rechtsgut aber ist verletzt, das sogar gegen das Interesse des Eigentümers geschützt werden kann. Deshalb ist der Dieb zu bestrafen." Dieser Beweisführung vermag ich nicht zuzustimmen. Ich komme noch weiter unten[34]) darauf zu sprechen, daß von der Einwilligung der Täter bei Vornahme der Handlung Kenntnis haben muß. Dies hatte er im vorliegenden Falle nicht, also hat er sich auch schon aus diesem Grunde strafbar gemacht.

Hatte er aber Kenntnis von der Einwilligung, oder war ihm gar der Auftrag zu der Tat von den Eigentümern erteilt worden, so macht er sich nach den Bestimmungen über die Teilnahme (§§ 47 ff. StGB.) in Verbindung mit dem Vergehen des Betruges strafbar. (Denn Betrug wird wohl in einem solchen Falle bei dem Eigentümer vorliegen.)

Ich möchte überhaupt sagen, daß ein Unterschied zwischen den Begriffen Rechtsgut und Interesse garnicht besteht. Zum Beweise hierfür will ich mich ebenfalls des unmittelbar vorher angeführten Beispiels von Joski bedienen. Gewiß, der Eigentümer der gestohlenen Sache wollte die Sache los werden, um die für ihn wertvollere Versicherungssumme zu erhalten. Aber zeigt nicht eine Bestimmung des Strafgesetzbuchs, daß der Eigentümer diesen Wunsch nicht in die Tat umsetzen konnte? Ich denke dabei an den § 265 StGB. Eine derartige Handlung verstößt nicht nur gegen die guten Sitten — und wäre schon deshalb zu verwerfen —, sie verstößt auch gegen das Strafgesetz, so daß sich der Täter strafbar macht. Man darf doch den Begriff „Interesse" nicht zu eng auslegen; oder gar falsch, nur um eine fremde Ansicht zu verwerfen, seine eigene aber beweisen zu können. So sagt auch Löwe,[35]) Verletzter (im weitesten Sinne) sei jeder, dessen Rechtssphäre durch das Delikt irgendwie berührt werde, ohne Unterschied, ob das verletzte Recht dem Gebiet des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts angehöre. Verletzt wird die Rechtssphäre des Versicherers einmal durch die Tat des Anzündens selbst, dann aber auch schon durch die Erteilung der Einwilligung, da sich diese als Einwilligung zu einer strafbaren Handlung

---

[32]) Joski a. a. O. Seite 16.

[33]) Keßler a. a. O. Seite 49: Durch ein Verbrechen verletzt ist derjenige, dessen Interesse durch die bezügliche Strafbestimmung geschützt werden sollte.

[34]) Vergleiche hierzu auch die Seiten 18 und 23 f.

[35]) Löwe a. a. O. § 172 5. b. Seite 423 unten.

darstellt. Man könnte daran denken, daß eine Schädigung des Versicherers erst dann eintritt, wenn der Anspruch aus dem Versicherungsvertrage geltend gemacht wird. Eine eigentliche Schädigung ist auch garnicht eingetreten, wenn der Eigentümer davon Abstand nimmt, die Versicherungssumme zu verlangen; mag er dies aus Furcht vor Entdeckung oder aus einem anderen Grunde unterlassen. Trotzdem halte ich den Versicherer auch dann schon für verletzt, wenn der Eigentümer einen Anspruch nicht erhebt. Dieser ist ja in der Lage, aus dem Versicherungsvertrage die Zahlung der Versicherungssumme zu verlangen. In diesem Zustand, in dem der Versicherer also mit der Erhebung eines solchen Anspruchs rechnen muß, ist er schlechter gestellt als vorher.

b. Die Einwilligung des Verletzten[37]) schließt stets die Strafbarkeit der an und für sich strafbaren Handlung aus.

In seiner Definition des Interesses spricht Keßler[36]) von einer nachteiligen Folge. Ich habe am Anfang gesagt, der Zweck des Strafgesetzes sei, die Menschen zu schützen, d. h. vor solchen nachteiligen Folgen zu schützen. Gestattet nun aber jemand eine das Gut verletzende Handlung, bekundet er damit, daß er an diesem Gut kein Interesse mehr hat, so kann ein Interesse auch nicht mehr verletzt werden. Eine Folge davon ist aber, daß es auch nicht mehr geschützt werden kann. Aus dem eben Gesagten ergibt sich die Beantwortung einer Hauptfrage des zu behandelnden Themas. Denn kann ein Interesse in einem gewissen Falle nicht mehr geschützt werden, so kann man eine das Interesse verletzende Handlung vornehmen, ohne gegen ein Schutzgesetz zu verstoßen, das es ja gar nicht mehr geben kann. Und deshalb sage ich:

> „Die Einwilligung des Verletzten[37]) schließt die Strafbarkeit der an und für sich strafbaren Handlung stets aus."[38])

Diese Behauptung stelle ich allgemein als Grundsatz auf und hoffe, sie genügend bewiesen zu haben. Mich interessiert hier aber besonders die Einwilligung des Verletzten bei Diebstahl und Unterschlagung. Da fällt eine besondere Beweisführung nicht schwer. Der Tatbestand des § 242 StGB. erfordert eine Wegnahme. Das soll heißen, der Täter muß den Gewahrsam eines anderen brechen. Dies wiederum bedeutet, daß es ohne Willen dieses anderen geschehen muß.[39]) (Freilich ist nicht nötig, daß es wider den Willen des anderen geschieht.) Ist aber der andere mit der „Wegnahme" einverstanden, so liegt eben gar keine Wegnahme vor; dann liegt ja ein Rechtsgeschäft vor, sei es ein entgeltliches, sei es ein unentgeltliches.

---

[36]) Keßler a. a. O. Seite 50.

[37]) bezw. der Verletzten, soweit es sich nicht um einen einzigen Verletzten, sondern um mehrere Verletzte handelt. (Vergl. Seite 16.)

[38]) Gerland a. a. O. § 43 5. a. α Seite 121 gibt eine ähnliche Definition mit dem Zusatz: „wo das Subjekt der verletzten Rechtseinrichtung das unbedingte und unbeschränkte Verfügungsrecht über den Bestand der Rechtseinrichtung hat". Ich glaube nicht, daß meine Ansicht in der Folge von der Gerlands erheblich abweicht. Daher kann ich eine nähere Erörterung der Gerlandschen Ansicht weglassen.

[39]) Aehnlich Olshausen a. a. O. § 242 Anmerkung 22) Seite 944 unten.

c. Die einzelnen Gruppen des Verletzten.

Ich habe also behauptet, daß grundsätzlich bei jedem, aber auch bei jedem Delikt die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit beseitigt. Wohlgemerkt des Verletzten! Ich weiß, daß man mir auf diese Behauptung entgegenhalten wird, auf das Leben könne niemand verzichten, wie der § 216 StGB. beweise. Und doch behaupte ich, man, d. h. der Verletzte, könne auch auf das Leben verzichten. Nur ist bei den Tötungsdelikten nicht der betreffende Mensch allein verletzt. Verletzt wird vielmehr auch ein anderes Interesse, auf das tatsächlich — ich gebe das zu — nie verzichtet wird.

Ich möchte folgende vier Arten von Interesse aufstellen:

1. das Interesse einer Person,
2. das Interesse mehrerer Personen,
3. das öffentliche Interesse,
4. das Staatsinteresse.

Man muß sich bei jedem Delikt fragen, welches Interesse verletzt ist. Ist kein Interesse verletzt, so liegt auch keine strafbare Handlung vor; denn die Strafgesetze sind ja Schutzgesetze. Da das Thema speziell auf eine Deliktsart zugeschnitten ist, ich also auf alle Delikte nicht zu sprechen komme, möchte ich für die vier Arten des Interesses Beispiele anführen.

Das Interesse nur einer Person verletzt ist zunächst bei allen Antragsdelikten. Sie sind eben deshalb nur auf Antrag verfolgbar, weil die Oeffentlichkeit oder gar der Staat ein Interesse an der Verfolgung nicht haben. Diese Ansicht vertritt auch Frank[40]), indem er sagt, der Grund, weshalb eine strafbare Handlung zum Antragsdelikt, d. h. ihre Verfolgung von dem Antrage des Verletzten abhängig gemacht werde, sei einmal Geringfügigkeit des Delikts in dem Sinne, daß die Handlung weniger im Interesse der Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung als in dem des Verletzten verboten ist. Dann bestehe auch eine Kollision berechtigter Interessen des Verletzten mit denen der Rechtspflege in dem Sinne, daß dem öffentlichen Interesse an der Verfolgung das private Interesse an deren Unterbleiben gegenübersteht. Soweit der Gesetzgeber dieses letztere Interesse als überwiegend ansieht, läßt er die Verfolgung nur mit dem Willen des Verletzten zu. Bei Beleidigung und Sachbeschädigung sehen wir die Richtigkeit dieser Beweisführung ohne weiteres ein.

Ferner gehören in der Regel zu der ersten Art Diebstahl und Unterschlagung, die ja hier besonders interessieren. Und etwas möchte ich gleich bemerken, deshalb, weil eine gestohlene Sache mehreren gehört, mehrere Personen einen Verlust haben, darf man nicht diesen Diebstahl unter die zweite Art einreihen. Verletzt ist allein das Interesse des Eigentümers; daß das Eigentum gerade mehreren Personen zusteht, ist ein Zufall und ohne Bedeutung mit der Maßgabe, daß der Verletzte durch eine Personengruppe dargestellt wird. Anders wäre es, ich komme nun zu der zweiten Art, wenn eine gegen Diebstahl versicherte Sache gestohlen wird. Denn hier hat neben dem Eigentümer gewiß auch der Versicherer ein Interesse an ihr. Dann kann es auch vorkommen, daß eine Sache dem Inhaber weggenommen wird, der nicht zugleich Eigentümer ist. A. leiht z. B. ein ihm gehöriges Buch dem B. Diesem wird es gestohlen. Auch in

[40]) Frank a. a. O. § 61 I. 1. Seite 191.

diesem Falle gibt es zwei Verletzte. Einmal ist das Eigentumsrecht des A verletzt, dann aber auch das Besitzrecht des B, das dieser auf Grund des Leihvertrages von A erworben hat.[41]) Es genügt demnach zur Straflosigkeit des Diebes nicht, daß A in die Wegnahme eingewilligt hat. Diese Lösung mag vielleicht zunächst nicht befriedigend erscheinen. Denn nach bürgerlichem Recht kann A als Eigentümer über das Buch nach seinem Belieben verfügen. Dies kann er jedoch nur dann, wenn er uneingeschränkter Eigentümer ist. A ist aber in diesem Falle durch den Leihvertrag beschränkt, der im Augenblick der Wegnahme noch besteht.

Das Vorhandensein eines öffentlichen Interesses nehme ich bei den meisten Sittlichkeitsdelikten an, weil die Oeffentlichkeit durch den Mangel an Moral belästigt wird, so besonders bei den §§ 176, 177 StGB. Wann vor allem ein Staatsinteresse besteht, ist nicht schwer festzustellen. In erster Reihe bei den Verbrechen des Hochverrats und des Landesverrats.

d. Der „sogenannte Verletzte".

Schließlich möchte ich an dieser Stelle noch eine Feststellung treffen. Mit Pfersdorff[42]) bin ich der Meinung, daß man — streng genommen — von einem Verletzten nicht mehr sprechen kann, sobald eine Einwilligung vorliegt. Denn ich habe ja oben[43]) gesagt, daß der Einwilligende gar kein Interesse mehr hat, daß ein Interesse also auch gar nicht verletzt werden kann. Deshalb ist es richtiger zu sagen: „Die Einwilligung dessen, der bei fehlender Einwilligung der Verletzte wäre."

III.

Die Voraussetzungen der Einwilligung.

Ich bin also zu dem Schluß gekommen, daß die Einwilligung immer erheblich ist, es sei denn, sie wäre nicht von dem Verletzten erteilt. Und auch die Einwilligung bei Diebstahl und Unterschlagung spielt also eine Rolle. Und bei diesen Delikten sogar besonders, da ja bei ihnen oft nur das Interesse einer einzelnen Person in Frage kommt. Ich muß nunmehr noch einige Fragen erörtern, die zwar auch von allgemeinem Interesse sind, hauptsächlich jedoch für die Einwilligung bei den Vergehen des Diebstahls und der Unterschlagung Bedeutung haben.

a. Ausdrückliche oder konkludente Erteilung der Einwilligung?

In meiner Definition des Begriffes der Einwilligung habe ich zum Ausdruck gebracht, daß die Einwilligung eine Willenserklärung ist. Fällt unter diesen Begriff der Willenserklärung sowohl die ausdrückliche als auch die konkludente?

Vielen namhaften Vertretern im Schrifttum[44]) genügt die eine wie die andere. Nun wird der Einwand erhoben werden, im § 216 StGB. habe der Gesetzgeber ein ausdrückliches Verlangen (und damit nach obigen Ausführungen[45]) eine ausdrückliche Einwilligung) gefordert. Aber einmal ist das Erfordernis der aus-

---

[41]) Aehnlich Goltd. Arch. 25, 178 oben.
[42]) Pfersdorff a. a. O. Seite 13.
[43]) Seite 14.
[44]) So u. a. Keßler a. a. O. Seite 110 unten unter 2.); Breithaupt a. a. O. Seite 19; Joski a. a. O. Seite 17 unten; Holer a. a. O. Seite 72.
[45]) Seite 6 oben.

drücklichen Einwilligung weder im § 142 noch im § 218 StGB. aufgestellt. Und selbst wenn im Falle des § 142 eine ausdrückliche Einwilligung stets vorgelegen haben sollte, bei der Abtreibung läßt sich sehr wohl ein Fall folgendermaßen denken. Der uneheliche Vater fürchtet die Unterhaltspflicht und sagt der unehelichen Mutter, er wolle die Frucht abtreiben; und er treibt sie auch ab. Die Mutter hat nichts gesagt, aber alles ohne Sträuben geschehen lassen. Es liegt also eine konkludente Willenserklärung durch Unterlassung vor. Wird nun jemand behaupten wollen, die Abtreibung sei ohne Einwilligung der Schwangeren vorgenommen? Und ferner kann man doch ebenso daraus, daß in einem Falle eine ausdrückliche Willenserklärung gefordert wird, schließen, daß im allgemeinen eine konkludente genügt. Ich möchte hier auch die Ansicht Bindings[46]) anführen, der unter Einwilligung die bewußte Zustimmung eines geistig gesunden Menschen versteht.

Selbstverständlich ist, daß die Willenserklärung, durch die der Einwilligung Ausdruck verliehen wird, ernstlich gemeint sein muß. Ich habe früher betont, man solle sich davor hüten, privatrechtliche Bestimmungen im Strafrecht zur Anwendung zu bringen. Ich will auch hier keine Ausnahme machen. Nach den §§ 117, 118 BGB. sind Willenserklärungen, die im Scherz oder zum Scheine abgegeben werden, nichtig. Wie ist das nun im Strafrecht, wo wir ja derartige Bestimmungen nicht haben? Nun, im Strafrecht findet dann eben der § 59 StGB. Anwendung. Hat der Täter den Schein oder die mangelnde Ernstlichkeit nicht erkannt, so kannte er eben nicht die Rechtswidrigkeit, die ja zu jedem Tatbestand gehört, und er kann den § 59 StGB. für sich in Anspruch nehmen. Unzweifelhaft ist die Straflosigkeit des Täters, wenn sich der einwilligende Verletzte insgeheim vorbehält, die Einwilligung nicht zu wollen,[47]) d. h. wenn eine sogenannte reservatio mentalis vorliegt. Glaubt demnach jemand bei Ausführung der Straftat, es liege eine Einwilligung vor, so kann er aus subjektiven Gründen nicht bestraft werden.

b. Die Willensfähigkeit des die Einwilligung Erteilenden.

Ich habe schon mehrfach betont, daß sich die Einwilligung als Willenserklärung darstellt. Den privatrechtlichen Bestimmungen über Willenserklärungen (§§ 116 ff. BGB.) kann sie nicht unterliegen aus einem Grunde, den ich immer wieder hervorhebe. Ich will eine feste, unverrückbare Grenze zwischen Privat- und Strafrecht ziehen. Trotzdem werde ich einige Erfordernisse des Privatrechts auch in strafrechtlicher Beziehung erörtern.

Zunächst muß die Fähigkeit, eine Willenserklärung abzugeben, vorhanden sein. Es gibt zwei Möglichkeiten, um diese Fähigkeiten zu bestimmen. Einmal kann man eine bestimmte Altersgrenze festsetzen, dann kann man die Beantwortung dieser Frage dem freien Ermessen des Richters überlassen. Bei Festsetzung der Altersgrenze gibt uns die Gesetzgebung zwei Möglichkeiten: Das Privatrecht[48]) sieht als maßgebend das 7. und das 21. Lebensjahr an. An diesem Alter müßte man festhalten, wollte man sich der Zitelmannschen Rechtsgeschäftstheorie[49]) anschließen. Diese Theorie habe ich aber abgelehnt. Und es ist doch wohl denkbar, daß jemand zur Abgabe

[46]) Binding Handbuch I a. a. O. Seite 727.
[47]) Vergleiche § 116 BGB.
[48]) §§ 104 ff. BGB.
[49]) Zitelmann a. a. O. Seiten 47 ff.

einer Willenserklärung reif ist, nachdem er etwa vorher genau unterrichtet worden ist, aber doch noch nicht die Bedeutung einer Einwilligung im strafrechtlichen Sinne ermessen kann. Das Lebensjahr als Alter, in dem man bereits nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine Einwilligung wirksam erteilen kann,[50]) lehne ich also auch deshalb ab. Weiter kann man diese Fähigkeit mit der Strafmündigkeit zusammenfallen lassen. In Betracht kommt demnach das 14. Lebensjahr. Zu diesem Zeitpunkt ist die strafrechtliche Verantwortung gegeben, wen der Täter zur Zeit der Tat nach seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung fähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen.[51]) Auch diese Regelung möchte ich jedoch ablehnen. Ist diese Grenze doch vom Gesetzgeber gegeben, um die Strafbarkeit festzusetzen, nicht aber um zu prüfen, inwieweit der Verletzte die Strafbarkeit beseitigen kann.

Deshalb schlage ich den letzten Weg, der uns noch offen steht, zur Annahme vor. Dem Richter mag es überlassen bleiben, ob er den Verletzten für so reif hält, die Bedeutsamkeit der Einwilligung erkennen zu können. Diese Feststellung wird dem Richter nicht schwer fallen, da der Verletzte in einem derartigen Falle stets als Zeuge in der Hauptverhandlung anwesend sein wird, so daß einige Fragen genügen werden, um dem Gericht die nötige Ueberzeugung zu verschaffen. Außerdem ist in den §§ 2, 3 JGG. ein beliebtes Hilfsmittel gegeben, dergestalt, daß ein Verletzter unter 14 Jahren kaum jemals die nötige Reife wird aufweisen können, während dies bei einem normalen Achtzehnjährigen stets der Fall sein wird. In der Zwischenzeit ist es immer eine Tatfrage, die nötigenfalls auch durch Sachverständige festgestellt werden kann. Immer aber sei berücksichtigt: Der Richter ist Herr dieser Frage, unbeschränkt durch gesetzliche Bestimmungen. Eine Gefahr bedeutet diese Regelung weder für den Täter noch für den Verletzten, ist doch der deutsche Richter, unabhängig wie ihn die Verfassung[52]) gestellt hat, bekannt durch seine von jeder Parteilichkeit freie Rechtsprechung.[53]) Freilich wälzt man dieses Problem durch die Erklärung zur quaestio facti von der Rechtswissenschaft auf die Rechtsprechung ab. Aber das ist ja eben in diesem Falle erforderlich. Denn es handelt sich um eine Tat-, nicht aber um eine Rechtsfrage.

Erwähnen möchte ich noch zum Schluß, daß nach § 65 Absatz 1 Satz 1 StGB. der achtzehnjährige Verletzte antragsberechtigt ist. Und wenn ich auch Antrag und Einwilligung keineswegs gleichstellen will, so wird doch grundsätzlich bei einem Achtzehnjährigen die nötige Reife vorliegen, es sei denn, daß besondere Umstände dagegen sprechen. Freilich kann ein Strafantrag niemals derartige Folgen zeitigen wie die Einwilligung zu einer strafbaren Handlung.

Wie wichtig eine Unterscheidung von Privatrecht und Strafrecht ist, kann ich an dieser Stelle zeigen. Würde man einfach die privat-

[50]) z. B. § 165 BGB.

[51]) Vergl. hierzu die §§ 2, 3 JGG.

[52]) Art. 102 RV., Art. 8 Absatz 1 PrV., die die §§ 1, 6, 7, 8 GVG. in stärkerer Form zum Ausdruck bringen.

[53]) Dieselbe Regelung dieser Frage wünscht Olshausen a. a. O. Vorbemerkungen zum 4. Abschnitt des 1. Teiles Anmerkung 10) Seite 212.

rechtlichen Bestimmungen über die Willenserklärungen anwenden wollen, so müßte man so folgern, wenn ein Mensch von 20 Jahren in die Wegnahme oder jedenfalls Zueignung einer ihm gehörigen Sache einwilligt (in Frage kommen Diebstahl oder Unterschlagung): mit 20 Jahren ist der Eigentümer minderjährig. Er darf über die Sache rechtsgeschäftlich nur mit Einwilligung[54]) seines gesetzlichen Vertreters verfügen.[55]) Also darf er auch nicht in die Zueigung durch einen anderen einwilligen. Das ist aber eben falsch. Durch die Einwilligung in die Zueignung verfügt er nicht über die Sache, es liegt überhaupt kein Rechtsgeschäft vor. Vielmehr ist nach obigen Ausführungen die Einwilligung wirksam, d. h. der Täter hat keine strafbare Handlung begangen.

c. Die Vertretung.

Eine weitere Frage erhebt sich bezüglich der Vertretung eines Jugendlichen — im Sinne obiger Ausführungen — oder eines Geisteskranken. Keßler[56]) lehnt grundsätzlich die Möglichkeit einer Vertretung von Jugendlichen und Geisteskranken ab. Er begründet diese Ansicht damit, daß die Vertretung nirgends angeordnet ist; und da die Einwilligung keine Einrichtung des Rechtsverkehrs sei, liege auch kein Bedürfnis hierzu vor. Dies mag wohl richtig sein; doch übersieht Keßler hierbei, daß eine allgemeine Regelung der Einwilligung überhaupt nicht besteht, es also auch keine Regelung der Vertretung bei Erteilung der Einwilligung geben kann. Doch mag man letzten Endes meinen, daß eine derartige Vertretung wenigstens bei den §§ 142, 216, 218 StGB. hätte berücksichtigt werden müssen.

In der einen Ausnahme, die Keßler (a. a. O.) gelten läßt, muß ich ihm vollkommen beistimmen. Das Erziehungsrecht umfaßt auch die Befugnis, über gewisse Güter des Zöglings zu verfügen. Und zu diesen Gütern gehört gewiß auch die Körperintegrität. Doch interessiert diese Ausnahme in dieser Arbeit weniger, soll doch nur die Einwilligung bei einer gewissen Gruppe der Vermögensdelikte untersucht werden. Jedoch will ich noch eine weitere Ausnahme gelten lassen. Gerade bei den Vermögensdelikten, die ich hier behandele, nämlich bei Diebstahl und Unterschlagung, muß eine Vertretung möglich sein. Denn der Vater hat doch nach § 1627 BGB. auch die Sorge für das Vermögen seines Kindes. Und hierbei hat ihm das Gesetz grundsätzlich freie Hand gelassen. Nur einige Beschränkungen sind dem Vater, mehrere dem Vormund bei der Verwaltung des Kindesvermögens auferlegt. In diesen Fällen ist eine Einwilligung unbedingt wirksam, soweit nicht eine Genehmigungspflicht des Vormundschaftsgerichts besteht.

Hier komme ich allerdings zu dem Schluß, daß auch ein einsichtiger Jugendlicher, z. B. von 20 Jahren, eine Einwilligung zu Diebstahl oder Unterschlagung wirksam nicht erteilen kann. Ich folgere dies daraus, daß er eine Verfügungsgewalt gar nicht besitzt.

Was hier von einem Jugendlichen gesagt ist, muß natürlich ebenso für einen Geisteskranken Geltung haben.

d. Handlung oder Erfolg?

Ich will nunmehr an eine äußerst wichtige Frage herantreten: „Bezieht sich die Einwilligung auf eine genau bestimmte Handlung

[54]) Im Sinne von § 183 BGB.
[55]) §§ 106, 107 BGB.
[56]) Keßler a. a. O. Seite 104 unter 5.).

oder auf den Erfolg?" Von besonderer Bedeutung ist die Beantwortung dieser Frage für die Einwilligung bei Diebstahl und Unterschlagung oder vielmehr für den Unterschied zwischen Diebstahl und Unterschlagung, wie ich noch zeigen werde.

Im Schrifttum herrscht über diese Frage keine Einigkeit. Gerland [57]) glaubt, das Objekt der Einwilligung liege im Erfolg. Er folgert das aus dem Sprachgebrauch. Strafrechtlich relevant ist allein der Erfolg; und nur das strafrechtlich Relevante kann hier Berücksichtigung finden. Klee [58]) dagegen bezieht die Einwilligung auf die genau bestimmte Handlung und hält infolgedessen auch den Ausschluß der Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung bei fahrlässigen Delikten für möglich. Ueberhaupt ist dafür die augenblicklich zu behandelnde Frage wesentlich, ob die Einwilligung auch bei fahrlässigen Delikten strafausschließend wirkt. Doch kommt gerade dies für das vorliegende Thema nicht in Frage, da das Strafgesetzbuch weder einen fahrlässigen Diebstahl noch eine fahrlässige Unterschlagung kennt. Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Roedenbeck [59]) ein. Viel weitergehend, alles umfassend verlangt er neben der Einwilligung zum Erfolg die Einwilligung zu der bestimmten Handlung.

Dies halte ich jedoch für zu weitgehend und schließe mich Breithaupt [60]) an, der ebenso wie Klee (oben) fordert, daß sich die Einwilligung auf eine konkret ganz bestimmt bezeichnete verletzende Handlung bezieht, die der Täter vorzunehmen beabsichtigt und der sich der Einwilligende unterwerfen will. Willigt jemand in die Vornahme einer Handlung, die an und für sich nicht verletzend ist, und hat diese Handlung alsdann eine weitere Handlung zur Folge, durch die eine Verletzung eintritt, so kann der Satz „volenti non fit iniuria" nicht Anwendung finden, da ja der Verletzte in die Handlung nur insoweit eingewilligt hat, als sie ohne Verletzung ausgeführt werden sollte. Gleichgültig ist es hierbei, ob ihm selbst die Möglichkeit vorgeschwebt hat, es könnte ein ihn verletzender Erfolg eintreten, falls die Handlung anders als beabsichtigt ausgeführt würde. Denn insoweit war die Handlung garnicht beabsichtigt, eine Einwilligung demnach auch garnicht möglich. Denn diese kann nur zu etwas Beabsichtigtem gegeben werden. Dagegen genügt nicht das Bewußtsein des Verletzten, er setze sich durch die Erteilung der Einwilligung einer Gefahr aus. Der Handelnde darf deshalb noch nicht eine andere Wirkung als die beabsichtigte hervorbringen. Tut er dies aber in verletzender Weise, so ist er auch strafbar.

Bei Prüfung dieser Frage im Hinblick auf Diebstahl und Unterschlagung werde ich zu demselben Ergebnis kommen. An einem Beispiel will ich meine Ansicht erläutern: Der Eigentümer eines Buches willigt in die Wegnahme dieses Buches durch einen anderen. Ich habe bereits gesagt, daß in einem derartigen Falle der Wegnahme bezw. der Einwilligung zu ihr regelmäßig ein Rechtsgeschäft zugrundeliegt. Ich nehme hier zum Beispiel an, es sei ein Leihvertrag geschlossen worden. Der Verleiher bittet den Entleiher, sich das eine Buch selbst aus dem Bücherschrank zu nehmen. Der Entleiher faßt

---

[57]) Gerland Einwilligung a. a. O. Seiten 491 f.; ebenso Hälschner Zweikampf a. a. O. Seiten 176 f. und Schaper a.a. O. Seite 131.

[58]) Klee Einwilligung a. a. O. Seite 248.

[59]) Roedenbeck a. a. O. Seiten 127 ff.

[60]) Breithaupt a. a. O. Seiten 26 ff.

aber zugleich noch ein zweites, daneben stehendes Buch und nimmt es mit. Nach einiger Zeit erst bemerkt der Verleiher den Verlust. Wird hier jemand daran zweifeln können, daß der Entleiher ein Vergehen gegen § 242 StGB. begangen, daß er sich des Diebstahls schuldig gemacht hat? Gewiß nicht. Aber man kommt doch zu dieser Entscheidung nur, wenn man die Einwilligung auf eine ganz bestimmte Handlung bezieht. Der Eigentümer hat dem Entleiher gestattet, das eine zu verleihende Buch wegzunehmen. Der Erfolg war die Wegnahme auch des zweiten Buches durch den Entleiher. In diese Wegnahme wollte der Eigentümer nicht einwilligen, und in diese Wegnahme hat er auch nicht eingewilligt. Das Ergebnis dieser Ausführung ist demnach: „Die Einwilligung bezieht sich auf eine ganz bestimmte Handlung."

e. Generelle Einwilligung?

Bei Anwendung des § 216 StGB. ist es stets der Fall, daß sich das Verlangen an eine bestimmte Person richtet. Dies ist schon dem Wortlaut des Strafgesetzes zu entnehmen, das ja ein ausdrückliches Verlangen fordert, d. h. auch eindringlich. Anders läßt es sich garnicht denken, würde man doch sonst den Verbrechern geradezu entgegenkommen.

Die Ansicht Breithaupts[61]) kann ich nicht teilen. Er hält zwar die einer bestimmten Person erteilte Einwilligung für die Regel, will aber Ausnahmen zulassen. Als Beispiel stellt er sich einen zum Tode verwundeten Krieger vor, der von den gräßlichsten Schmerzen gepeinigt, ganz allgemein darum bittet, es möchte sich doch jemand finden, der ihm den Todesstoß gibt. Breithaupts Meinung nach ist in diesem Falle jeder, der die dringende Bitte hört, ob Freund oder Feind, berechtigt, die Verletzung auszuführen. Tatsächlich liegt hier ein Ausnahmefall garnicht vor. Denn der zum Tode verwundete Krieger richtet sich mit seiner Bitte an jeden Vorübergehenden besonders. Einem Jeden sagt er: „Töte mich!" Er erteilt also jedem Vorübergehenden speziell die Einwilligung zur Verletzung.

Auch bei den Vermögensdelikten halte ich eine generell erteilte Einwilligung für nicht genügend, um der Tat die Rechtswidrigkeit zu nehmen. Eine Ausnahme möchte ich hier ebenfalls nicht gelten lassen.

Nicht zu verwechseln mit der generellen Einwilligung ist die Dereliktion einer Sache. Denn eine derelinquierte Sache gehört niemandem, ist also keine fremde Sache, also kein zum Diebstahl taugliches Objekt. Der ehemalige Eigentümer kann garnicht mehr einwilligen.

f. Der Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung.

Eine Erteilung der Einwilligung nach der Tat — auch wenn sie sicher zu erwarten war — ist aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen. Denn zur Zeit der Vornahme der Tat war diese rechtswidrig, also strafbar. Eine nachträgliche Entkleidung der Rechtswidrigkeit könnte man nur dann annehmen, wenn es eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung gäbe, etwa analog der des § 2, Absatzes 2 StGB. Würde eine nachträgliche Einwilligung möglich sein, so würden in den meisten Fällen die Verletzten durch die Täter bestimmt werden können — etwa durch Geldgeschenke —, in die Tat

[61]) Breithaupt a. a. O. Seite 33; ebenso Holtzendorf in HH 3, 446.

einzuwilligen. Dies wäre aber ein Freibrief für alle Verbrecher. Tatsächlich kommt es in den Fällen des § 263 StGB. vor, daß der Betrogene vor Gericht erklärt: „Ich habe kein Interesse an der Bestrafung, der Täter hat mich voll entschädigt." Noch niemals ist in einem solchen Falle ein Freispruch erfolgt.

Ich möchte daher sagen: „Die Einwilligung muß v o r der Tat erteilt werden und zur Zeit der Tat noch vorhanden sein." Bis zur Vornahme der Tat ist sie frei zurücknehmbar. Wird doch durch sie, wie ich soeben in Erinnerung brachte, kein Recht begründet.

Hier erhebt sich noch die Frage, ob der Verletzte trotz der Einwilligung Strafantrag stellen kann. Dies ist meines Erachtens deshalb nicht möglich, weil die Einwilligung ja die Strafbarkeit der an und für sich strafbaren Handlung ausschließt. Die Tat war bei der Vornahme nicht strafbar; nachträglich strafbar werden kann sie nicht. Der Verletzte, der trotz der Einwilligung Strafantrag stellt, könnte sogar unter Umständen zur Tragung der Kosten des Verfahrens gemäß § 469 StPO. verurteilt werden.

g. Muß der Täter von der Einwilligung Kenntnis haben?

Schließlich komme ich noch zu einer wichtigen Frage in Bezug auf die Einwilligung. Es ist leicht denkbar, daß der Verletzte die Einwilligung zu einer an und für sich strafbaren Handlung erteilt, ohne daß der Täter davon Kenntnis erhält. Zweifellos machte er sich nicht strafbar, wenn er annahm, es liege eine Einwilligung vor. Aber wie, wenn er von der Erteilung der Einwilligung nichts wußte und auch garnicht an eine Einwilligung dachte? Ich will die Beantwortung dieser Frage vorwegnehmen. Ich bin der Ansicht, daß der Täter von der Einwilligung Kenntnis haben muß. Ich folgere dies einfach aus der Stellung des Reichsgerichts zum untauglichen Versuch. Der höchste deutsche Gerichtshof[62]) und in neuerer Zeit übrigens auch der amtliche Entwurf[63]) bestrafen die Betätigung des verbrecherischen Entschlusses. Strafbar ist die Handlung, die nach V o r s t e l l u n g d e s T ä t e r s eine s t r a f b a r e Handlung bildet. Einen verbrecherischen Willen aber hatte der Täter, der die Einwilligung nicht kannte.

Ganz klar wird meine Stellungnahme zu dieser Frage durch ein Beispiel Heilborns[64]), das ich wegen seiner Einfachheit und seiner vorzüglichen Eignung für diese Frage wiedergeben will: Es hört jemand im Nebenzimmer zwei Einbrecher, die davon sprechen, einen Kuchen stehlen zu wollen. Der Eigentümer denkt sich — und äußert es auch zu seinem Freunde —: „Die armen Teufel haben Hunger" und läßt die Diebe geschehen, die sich unbeobachtet fühlen. Wird hier jemand an der Strafbarkeit der Täter zweifeln? Bestimmt nicht.

Hieraus ergibt sich, daß die Täter wegen v o l l e n d e t e n Diebstahls zu bestrafen sind. Sie haben eine fremde bewegliche Sache in der Absicht der Zueignung weggenommen. Daß die Rechtswidrigkeit dieser Zueignung durch die zwar ausgesprochene, aber nicht zur Kenntnis der Täter gekommene Einwilligung nicht ausgeschlossen wird, geht daraus hervor, daß das Gesetz die A b s i c h t

---

[62]) z. B. RGSt. 50, 35 f.; 42, 92 ff. *) Seite 37.

[63]) Amtl. Entw. a. a. O. § 23 Seite 6 u. Begründung a. a. O. 3. Abschnitt Seite 23.

[64]) Heilborn a. a. O. Seite 173.

rechtswidriger Zueignung verlangt. Diese Absicht aber mußten die Täter haben, da sie ja von der Einwilligung keine Kenntnis hatten.

Für nicht unbedingt nötig erachte ich es, daß der Einwilligende selbst die Erteilung der Einwilligung dem Täter mitteilt. Ich würde es vielmehr für ausreichend halten, daß der Täter auf irgend eine Weise — jedenfalls aber in glaubwürdiger Form — von der Erteilung der Einwilligung durch den Verletzten Kenntnis erhält.

C. Ergebnis.

Als Ergebnis meiner Ausführungen habe ich gewonnen:

Die Einwilligung des Verletzten schließt stets die Strafbarkeit der an und für sich strafbaren Handlung aus. Erforderlich aber ist, daß die Einwilligung auch wirklich von dem Verletzten erteilt wird, und daß der Einwilligende die Folgen der Einwilligung zu übersehen imstande ist. Ferner muß die Einwilligung einer ganz bestimmten Person zu einer genau bestimmten Handlung erteilt sein, und zwar vor der Tat; der Täter muß von ihr bei Vornahme der Handlung Kenntnis haben.

LITERATUR-VERZEICHNIS.

A. Abkürzungen.

	Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. Berlin 1925.
Amtl. Entw.	Erster Teil: Entwurf.
Begründung.	Zweiter Teil: Begründung.
BGB.	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896.
Ger. S.	Der Gerichtssaal, jetzt herausgegeben von Oetker und Finger.
Goltd. Arch.	Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet durch Goltdammer, jetzt herausgegeben von Klee.
JGG.	Jugendgerichtsgesetz vom 16. 2. 1923.
Pr. V.	Die Verfassung des Freistaates Preußen v. 31. 11. 1920.
RG.	Reichsgericht.
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RV.	Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919.
StGB.	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich v. 15. 5. 1871.
StPO.	Strafprozeßordnung vom 22. 3. 1924.

B. Kommentare und Lehrbücher.

	Angeführt:
Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Auflage, Leipzig 1898 . .	Berner.
Binding, Lehrbuch d. Gemeinen Deutschen Strafrechts, besonderer Teil, II. Band, II. Abt., Leipzig 1905	Binding II. 2.
Binding, Handbuch des Strafrechts, I. Band, Leipzig 1885	Binding Handbuch I.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Auflage, Tübingen 1926	Frank.
Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin und Leipzig 1922	Gerland.
Hälschner, Das gemeine Deutsche Strafrecht, II. Band, Bonn 1887	Hälschner II.
Hälschner, System des Preußischen Strafrechts, I. Teil, Bonn 1858	Hälschner System I.
Hälschner, System des Preußischen Strafrechts, II. Teil, Bonn 1868	Hälschner System II.
Holtzendorff, Handbuch des Deutschen Strafrechts, III. Band, Berlin 1874 .	HH 3.
Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 17. Auflage, Berlin, und Leipzig 1927	Löwe.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, I. u. II. Band, 10. Auflage, Berlin 1916 .	Olshausen.

	Angeführt:
Reichsstrafgesetzbuch, Erläutert von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, 3. Auflage, Berlin und Leipzig 1925	Leipz. Komm.
Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1914 . . .	Schwartz.

C. Monographien, Abhandlungen, Dissertationen.

Breithaupt, Volenti non fit iniuria, Berlin 1891	Breithaupt.
Gerland, Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden in „Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, II. Band, Seiten 487 ff."	Gerland Einwilligung
Heilborn, Der Agent provocateur, Berlin 1901	Heilborn.
Hälschner, Der Zweikampf im Verhältnisse zur Tötung und Körperverletzung in Ger. S. 35, 161 ff.	Hälschner Zweikampf.
Holer, Die Einwilligung des Verletzten, Züricher Dissertation 1906	Holer.
Honig, Die Einwilligung des Verletzten, Berlin und Leipzig 1919	Honig.
Joski, Die Einwilligung des Verletzten, Erlanger Dissertation 1899	Joski.
Keßler, Die Einwilligung des Verletzten Berlin und Leipzig 1884	Keßler.
Klee, Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden in Goltd. Arch. 49, 246 ff.	Klee Einwilligung.
Ortmann, Ueber Verletzung, insbesondere Tötung eines Einwilligenden in Goltd. Arch. 25, 104 ff.	Ortmann Einwilligung
Pfersdorff, Die „Einwilligung des Verletzten" als Strafausschließungsgrund. Straßburger Dissertation, 1897 . .	Pfersdorff.
Roedenbeck, Volenti non fit iniuria in Ger. S. 37, 124 ff.	Roedenbeck
Schaper, Begriff und allgemeiner Tatbestand des Verbrechens in Holtzendorff, Handbuch des Deutschen Strafrechts II. Band, Berlin 1871	Schaper.
Wächter, Volenti non fit iniuria, in Ger. S. 20, 1 ff.	Wächter.
Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit in Archiv für die Civilistische Praxis 99, 1 ff.	Zitelmann.

LEBENSLAUF.

Ich bin am 20. Mai 1904 als Sohn des Justizrats Kosterlitz zu Königshütte OS. geboren. Meine Mutter ist eine geborene Goerke.

Ostern 1914 trat ich in die Sexta des ehemals kgl. Gymnasiums meiner Vaterstadt ein. Als im Juni 1922 die Anstalt den Polen übergeben wurde, erhielt ich das Reifezeugnis. Nach einer Tätigkeit von mehreren Monaten in der Oberschlesischen Diskontobank A.-G. zu Königshütte OS. studierte ich von Ostern 1923 bis Ostern 1926 an der Universität Breslau die Rechte.

Am 17. und 18. Dezember 1926 bestand ich vor dem Prüfungsamt beim Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Zur Zeit bin ich dem Landgericht in Beuthen OS. zur Ausbildung überwiesen.

Hans-Krafft Kosterlitz.

Buchdruckerei Leopold Freund, Breslau, Herrenstr. 29-30

Inhalts-Verzeichnis.

		Seite
A.	Einleitung	5
B.	Die Einwilligung des Verletzten schließt stets die Strafbarkeit der an und für sich strafbaren Handlung aus	8
I.	Der Begriff der Einwilligung	8
	a) Die Einwilligung besteht nicht in der Uebertragung eines Rechtes auf einen anderen	9
	b) Durch die Einwilligung wird nicht ein Recht für den Täter begründet	9
	c) Durch die Einwilligung wird ein Recht nicht aufgegeben	10
	d) Durch die Einwilligung wird auf ein Recht nicht verzichtet	11
	e) Die Einwilligung stellt sich nicht als Anstiftung dar	11
	f) Die Ansicht Bindings bezüglich der Einwilligung	11
	g) Die Zitelmann'sche Rechtsgeschäftstheorie	12
	h) Definition der Einwilligung	13
II.	Der Begriff des Verletzten	13
	a) Das Interesse	13
	b) Die Einwilligung des Verletzten schließt stets — also auch bei Diebstahl und Unterschlagung — die Strafbarkeit der an und für sich strafbaren Handlung aus	15
	c) Die einzelnen Gruppen der Verletzten	16
	d) Der „sogenannte Verletzte"	17
III.	Die Voraussetzungen der Einwilligung	17
	a) Ist eine ausdrückliche Erteilung der Einwilligung erforderlich? Oder genügt eine konkludente?	17
	b) Die Willensfähigkeit des die Einwilligung Erteilenden	18
	c) Die Vertretung bei Erteilung der Einwilligung	20
	d) Muß sich die Einwilligung auf eine genau bestimmte Handlung oder auf den Erfolg beziehen?	
	e) Ist eine generelle Erteilung der Einwilligung zulässig? Oder muß die Einwilligung einer bestimmten Person erteilt werden?	22
	f) Der Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung	22
	g) Muß der Täter Kenntnis von der Erteilung der Einwilligung bei Vornahme der Tat haben?	23
C.	Ergebnis	24